

LUCAS BERTINATO MARON

**O DIREITO À TUTELA JURISIDIONAL EFETIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, Universidade Federal
do Paraná - UFPR.**

**Orientador: Prof. Doutor Sérgio Cruz
Arenhart.**

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCAS BERTINATO MARON

O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, pela seguinte banca
examinadora:

Orientador:

Prof. Doutor Sérgio Cruz Arenhart
Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR

Membros:

Curitiba, de novembro de 2007.

À Deus.

Aos meus pais, Airton Vidal Maron e Maria Antonieta Bertinato Maron, por toda a dedicação, amor e carinho dedicados à minha pessoa.

Ao meu irmão, pelo exemplo que sempre foi e pela amizade inestimável.

À minha *nona*, Ângela Zem Bertinato (*in memoriam*), que as lições de dedicação e amor à família jamais sejam por mim esquecidas.

Às sinceras amigas surgidas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, na esperança de que os caminhos da vida não desfaçam os laços de companheirismo que construímos.

"A parte que ignoramos é muito maior que tudo quanto sabemos".

Platão

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
APRESENTAÇÃO AO TEMA E À ABORDAGEM ADOTADA NO PRESENTE	
ESTUDO.....	01
PARTE I – TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	03
CAPÍTULO I – PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	03
Seção 1 – A evolução do pensamento jusnaturalista.....	03
Seção 2 – A positivação das concepções jusnaturalistas.....	05
Seção 3 – As chamadas “dimensões” dos direitos fundamentais.....	06
CAPÍTULO II – A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA DE PRINCÍPIOS.....	10
Seção 1 - Da distinção entre princípios e regras.....	10
Seção 2 - A teoria principiológica dos direitos fundamentais.....	15
Seção 3 - As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.....	19
Seção 4 - A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	20
CAPÍTULO III – AS EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
Seção 1 - A eficácia horizontal.....	23
Seção 2 - A eficácia horizontal.....	27
PARTE II – O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	29
NOTA INTRODUTÓRIA.....	29
CAPÍTULO I – O NOSSO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	30
CAPÍTULO II – O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	37
Seção 1 – A força normativa do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.....	41
Seção 2 – O enquadramento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na classificação funcional dos direitos fundamentais.....	42

Seção 3 – A chamada eficácia vertical com repercussão lateral.....	44
--	----

ALGUMAS CONCLUSÕES.....	47
--------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49
--	-----------

RESUMO

A presente monografia empreende estudo acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva a partir de um enfoque eminentemente teórico-constitucional. A primeira parte desse estudo é dedicada à análise da teoria dos direitos fundamentais. Nela, declaramos a premissa de que os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios, consubstanciando uma verdadeira ordem objetiva de valores (teoria principiológica dos direitos fundamentais). Essa constatação nos leva, na segunda parte dessa monografia, a afirmar que o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado como valor estruturante do nosso Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, merece ser reconhecido como verdadeiro direito fundamental implícito ao rol constitucional. Por conta disso, passa-se a analisar a força normativa, as eficácias e as múltiplas funções que devem ser realizadas pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-chaves: teoria dos direitos fundamentais, tutela jurisdicional, direito à tutela jurisdicional efetiva.

Apresentação ao tema e à abordagem adotada no presente estudo.

A preocupação de tornar mais efetivo o processo vem sendo ultimamente, em nosso País e no estrangeiro, nota constante na produção doutrinária e no pensamento de quantos participam da atividade forense. Congressos Nacionais e internacionais têm feito dela tópico de seus temários. Não faltam referências ao problema no quotidiano dos meios de comunicação social; e, se tais referências tantas vezes aparecem distorcidas pelo preconceito e por certa desenvoltura vizinha da leviandade, nem por isso perde o fenômeno todo o relevo. Há uma consciência difusa, embora nem sempre objetivamente fundamentada, de que ao notável progresso da ciência, e ao próprio grau de aprimoramento já atingido, no Brasil e alhures, pela legislação processual, está longe de corresponder, na proporção desejável, a evolução do nível qualitativo do serviço da Justiça¹.

A constatação de BARBOSA MOREIRA é suficiente para nos lembrar a importância que a temática dessa obra alcançou no nosso contexto político, jurídico e social contemporâneo. Com efeito, não há jurista realmente interessado na ciência processual civil atual que possa dar as costas à idéia de efetividade da tutela jurisdicional, diante da já sobejamente comprovada insuficiência que o aparato estatal vem demonstrando para oferecer proteção real - com eficácia no contexto social e jurídico - aos direitos materiais. Portanto, o tema da efetividade da tutela jurisdicional - mesmo por ser condição essencial à própria existência de um ordenamento jurídico material - está, inegavelmente, na “ordem do dia”.

No entanto, como se não bastasse a complexidade intrínseca ao tema, a preocupação de diversos doutrinadores com a idéia da efetividade da tutela jurisdicional introduziu uma multiplicidade de enfoques desse objeto que, apesar de enriquecer notavelmente a busca de soluções práticas para os problemas colocados, dificulta em muito o estudo e o debate doutrinário do assunto. Nesse sentido, dificilmente se encontra consenso doutrinário acerca da sistematização e da amplitude da temática da efetividade da tutela jurisdicional.

Com o objetivo de tornar viável o presente estudo, optamos por restringir a abordagem do tema “efetividade da tutela jurisdicional” a um enfoque

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, vol. 329. Rio de Janeiro: Editora Forense, jan.-mar., 1995, p.97.

eminentemente teórico-constitucional, construído a partir de premissas trazidas pela teoria dos direitos fundamentais². A adoção desse enfoque visa, além de reduzir a complexidade do tema e torná-lo passível de alguma sistematização, proporcionar algum enriquecimento ao acirrado debate doutrinário em busca de um processo civil mais comprometido com os desígnios do direito material.

A primeira parte dessa monografia estará exclusivamente preocupada em dar os contornos básicos da Teoria dos Direitos Fundamentais, o que não dispensará uma rápida análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, das suas perspectivas objetivas e subjetivas, da sua multifuncionalidade e das suas eficácias. Isso tudo e mais a análise da distinção entre regras e princípios e a investigação acerca da teoria principiológica dos direitos fundamentais são premissas essenciais ao enfoque que se pretende dar a análise da efetividade da tutela jurisdicional na segunda parte desse texto.

A segunda parte desse texto, por sua vez, visa demonstrar que o constituinte de 1988 consagrou a efetividade da tutela jurisdicional como valor estruturante do nosso Estado Democrático de Direito e, portanto, como verdadeiro direito fundamental implícito ao rol trazido pelo texto constitucional. A partir dessa constatação, trataremos do direito à efetividade da tutela jurisdicional inserido no contexto da teoria dos direitos fundamentais, investigando aspectos relativos à sua força normativa, às suas eficácias e às suas múltiplas funções.

² Esse enfoque foi originalmente elaborado no cenário nacional por Luiz Guilherme MARINONI, razão pela qual a presente monografia segue muitas das suas lições. A despeito disso, como se notará em alguns momentos desse texto, chegaremos a conclusões bastante diversas do catedrático da UFPR.

PARTE I – Teoria dos direitos fundamentais.

Capítulo I - Perspectiva Histórica.

A iniciação em tema de tamanha profundidade, como é a temática dos direitos fundamentais, não poderia prescindir de um - ainda que breve - incursão histórica a respeito de sua origem e desenvolvimento. Analisaremos, assim, alguns aspectos relevantes desse desenvolvimento, de modo a possibilitar que nos situemos no tempo e no espaço frente à longa história dos direitos fundamentais.

Ademais, a perspectiva histórica de que se tratará tem o propósito de realçar que a evolução nas concepções de direitos fundamentais nos legou as construções modernas de Estado de Direito e de Constituição, tão caras a doutrina jurídica contemporânea e necessárias ao desenvolvimento de uma série de ponderações desse estudo.

Seção 1 - A evolução do pensamento jusnaturalista.

Já na Antigüidade podem ser achadas as primeiras concepções que desaguiariam nas conhecidas construções iluministas (a partir do século XVIII) e, por fim, nas diversas teorias dos direitos fundamentais modernas.

Com efeito, apesar de naquele momento histórico ainda não existir a idealização de direitos fundamentais propriamente, é inegável que na Antigüidade era bastante difundida a concepção de que existiriam direitos inerentes à natureza humana e, portanto, não efetivamente criados pelo homem.

Logo, já nos tempos antigos, havia a concepção de direitos naturais à própria condição humana, sendo, por consequência, inalienáveis. Essa noção deve ser atribuída, apesar das ressalvas que podem ser feitas³, em parte ao cristianismo e à

³ Lembre-se que a própria sociedade romana baseava-se na escravidão como modo de produção, além de que o cristianismo também por centenas de anos aceitou diversas formas que em nada

cultura greco-romana que desenvolveram valores de dignidade humana, liberdade e igualdade dos homens.

Esse primeiro conjunto de idéias marca o que a doutrina convencionou chamar de “pré-história” dos direitos fundamentais⁴.

Apesar da pejorativa expressão “Idade das Trevas”, no período histórico subsequente, ocorreu importante desenvolvimento das idéias relacionadas aos direitos fundamentais.

Sintomática, nesse sentido, é a defesa, empreendida por São Tomás de Aquino, da legitimidade do direito de resistência da população, quando ocorresse a desobediência dos governantes aos postulados de direito natural⁵.

Essa doutrina jusnaturalista que tomava vulto a partir do século XVI ganhou grave impulso diante do notável processo de laicização do direito natural⁶, que atingiria seu apogeu com o movimento iluminista do século XVIII.

Aliás, esse processo de secularização dos direitos naturais deve muito a figura de Hugo GRÓCIO que desenvolveu a tese de que a lei natural é a lei que o homem descobre pela razão; uma lei que seria daquela forma, independentemente da existência de Deus⁷. Abstrai-se, assim, da religiosidade que, até então, impregnava a teoria dos direitos naturais, o que permitiu afirmar a validade universal desses direitos, pois reconduzíveis a um só fundamento comum a todos os seres humanos, qual seja, a razão.

Com base nessa secularização dos direitos naturais é que se desenvolveram as conhecidas teorias contratualistas sobre o Estado e a Sociedade⁸.

lembram os valores de liberdade e igualdade dos homens, por exemplo. Apesar dessa linha de argumentação, é indubitável que tais valores foram desenvolvidos nesse período histórico.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.44.

⁵ Ressaltando esse aspecto, veja-se Antonio E. Perez LUÑO, “(...) Así, del pensamiento tomista se desprende la exigência de cometer el Derecho positivo a los preceptos del Derecho Natural, expresión de la natureza racional humana. De este modo, el deber de obediência al Derecho positivo se supeditará a su conformidad com el Derecho natural, generándose, em los supuestos de abierto conflicto, um derecho de resistência frente al arbitrio de quienes gobiernan” *Los Derechos Fundamentales*, 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.30.

⁶ SARLET, Ingo W. Ob. Cit., p. 45.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Cultura dos Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais* (Coordenado por: José Adércio Leite Sampaio), Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.241.

⁸ Primeiramente, a posição de Thomas HOBBS (Leviathan), depois, a posição de John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil), e, por fim, a posição de Jean Jacques Rousseau (O Contrato Social), já em meados do século XVIII.

Dentre as várias formulações contratualistas, vale a pena destacar a expressa na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, do inglês John LOCKE. Nessa análise, é reconhecida aos direitos naturais uma eficácia oponível inclusive aos governantes, o que seria inerente à concepção contratual da sociedade. Aliás, o autor vai além, ao afirmar que a defesa aos direitos à vida, à propriedade e à liberdade, consubstanciavam a finalidade principal da sociedade civil, sendo, ainda, princípio legitimador de toda atuação dos próprios governantes⁹. É verdade, contudo, que tais direitos naturais eram atribuídos apenas aos cidadãos-proprietários, porém não há como se olvidar da importância desse avanço na teoria dos direitos naturais.

Seção 2 - A positivação das concepções jusnaturalistas.

Paralelamente ao avanço filosófico rapidamente descrito, pouco a pouco, os textos legais foram recepcionando algumas dessas formulações.

Nesse sentido, o primeiro documento de maior importância que deve ser lembrado é a *Magna Charta Libertatum*, datada de 1215, fruto de um acordo entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões ingleses. Esse documento legal foi o primeiro a assegurar¹⁰ direitos e garantias, tais como o direito à liberdade de locomoção, à proteção contra a prisão arbitrária¹¹ e à liberdade de culto e religião.

Entretanto, é tão-só com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776, que se torna possível falar propriamente de uma primeira positivação de direitos fundamentais. Isso decorre de três aspectos extraíveis dessa proclamação de direitos, quais sejam: (1) previa-se a **universalidade** dos direitos ali expressos que teriam eficácia inclusive contra os representantes populares; (2) reconhecia-se a

⁹ LUÑO, Antonio E. Perez . Ob. Cit., p.31.

¹⁰ Cabe asseverar que no momento em que foi promulgada, a Carta Magna previa esses direitos e garantias exclusivamente às parcelas mais privilegiadas da sociedade medieval. Com o passar dos anos e as sucessivas declarações de direito inglesas, contudo, não só foi suprimida qualquer limitação a à titularidade desses direitos, como também ampliou-se sensivelmente os seus conteúdos.

¹¹ Nesse sentido, observe-se a sempre mencionada cláusula nº. 39: “XXIX. No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right.”

tais direitos a sua **supremacia normativa**; (3) em decorrência dessa supremacia, a Suprema Corte, posteriormente, pôde reconhecer também a **justiciabilidade desses direitos**, abrindo espaço para o que se conhece modernamente como controle judicial de constitucionalidade¹².

Conquanto tenha sido relevantíssimo o papel desempenhado pela Declaração de Direitos do povo da Virgínia na formulação que herdamos dos direitos fundamentais, não foi menor a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789¹³. Notoriamente fruto da Revolução Francesa, essa declaração de direitos, com forte inspiração iluminista, acabou por reconhecer (e não criar, portanto) - de maneira semelhante, porém não idêntica a sua irmã americana¹⁴- direitos invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis a todos os homens em decorrência exclusivamente de sua condição humana.

Por fim, deve se dar a necessária ênfase ao fato de que toda essa evolução na positivação dos direitos fundamentais, marcada fortemente pelas concepções naturalistas, culminou na consagração do constitucionalismo e na idéia de Estado de Direito¹⁵, na sua concepção liberal-burguesa¹⁶, tema de análise mais detalhada na segunda parte desse estudo.

Seção 3 - As chamadas dimensões dos direitos fundamentais.

Com o passar dos anos, os mais diversos ordenamentos jurídicos foram paulatinamente consagrando em seus textos legais conjuntos de direitos

¹² SARLET, Ingo W.. Ob. Cit., p. 51.

¹³ Aliás, a expressão “direitos fundamentais” aparece, pela primeira vez, na França, em 1770, em meio ao movimento político e cultural que conduziu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹⁴ A doutrina aponta que a Declaração de Direitos francesa possui um maior conteúdo democrático e social, o qual transpareceria principalmente na Constituição “jacobina” de 1793, na qual se reconhece inclusive direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados; ao contrário, o que caracterizaria o conteúdo da Declaração americana seria o seu caráter “pragmático”. Nesse sentido, ver SARLET, Ingo W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51-52 e LUÑO, A. E. Perez, *Los derechos fundamentales*, p.35-37.

¹⁵ Nesse sentido, o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que expressamente registra afirmativa sempre lembrada pelos autores que tratam do constitucionalismo moderno: “*Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição*”.

¹⁶ SARLET, Ingo W., Ob. cit., p. 52.

fundamentais. Como é característica dos fenômenos sociais, os direitos fundamentais também sofreram notáveis mutações, implicando tanto a mudança de significado de alguns direitos, quanto a ampliação do conjunto de direitos fundamentais. É com base nessa “evolução”, que a doutrina veio a afirmar a existência de diversas dimensões de direitos fundamentais.

A nomeada “primeira” dimensão dos direitos fundamentais está relacionada às garantias de proteção de liberdades individuais frente ao poder estatal; garantias essas que já podem ser notadas nos primeiros textos legais que previram direitos fundamentais. Era, como resta evidente, a afirmação do pensamento individualista, liberal-burguês, preponderante no século XVIII. A concepção de direitos fundamentais que vigia até então, era a de entendê-los meramente como “direitos de defesa”, possuindo, portanto, um certo cunho “negativo”, pois exigentes de uma abstenção estatal¹⁷.

Fazem parte do rol desses direitos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal frente à lei, o direito à propriedade, entre outros. Hodiernamente, foram reconhecidos outros direitos fundamentais que complementam os mencionados, por exemplo, os direitos relacionados à proteção das mais diversas formas de liberdade (de expressão, de participação política, dentre outros) e os direitos relacionados às garantias processuais¹⁸.

Ao longo do século XIX, porém, as consequências trazidas pela Revolução Industrial, a influência das doutrinas socialistas e o grave grau de descontentamento de parcelas significativas das sociedades, demonstrou a insuficiência das liberdades formais asseguradas pelos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Em razão disto, ao Estado foi imposto um comportamento ativo no sentido de realizar “justiça social”. Surgem, assim, os direitos fundamentais de “segunda” dimensão. Por meio desses direitos visava-se assegurar ao cidadão, individualmente considerado, uma tutela por meio de prestações estatais, para possibilitá-los a usufruição de uma liberdade material concreta e não mais meramente formal. Nesse

¹⁷ Contemporaneamente tais concepções são combatidas. Seja pela noção de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que atribuiria à função de defesa apenas uma das funções exercidas pelos direitos fundamentais. Seja pelo fato conseqüente de que mesmo os chamados direitos fundamentais de defesa, impõe uma atividade prestacional ao Estado, portanto, de caráter positivo. Essas noções serão mais aprofundadas no decorrer desse estudo.

¹⁸ SARLET, Ingo W., Ob. cit., p. 55.

sentido, a lapidar lição de SARLET: “*Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado*”¹⁹.

São exemplos de direitos fundamentais dessa dimensão os direitos relativos à saúde, à educação, ao trabalho, aos quais foram paulatinamente se unindo os direitos de greve, de liberdade de sindicalização, entre vários outros direitos trabalhistas²⁰.

Por fim, o desenvolvimento de novas tecnologias e o impacto dos processos de descolonização que marcaram a segunda metade do século XX, deram azo ao reconhecimento de uma “terceira” dimensão dos direitos fundamentais. São os nomeados direitos de solidariedade ou de fraternidade, caracterizados, notadamente, pela sua titularidade difusa e coletiva. Como exemplos de direitos de solidariedade podemos mencionar o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, o direito à autodeterminação dos povos, o direito à liberdade informática. Acrescente-se, porém, que a maior parte desses direitos não foram expressamente reconhecidos pelas Constituições nacionais, encontrando-se “positivados” apenas em legislações de âmbito internacional. Nesse sentido devem ser excetuadas, em parte, as Constituições latinas pós-ditatoriais (como a nossa Constituição de 1988) e a atual Constituição canadense, que são as que consagraram mais amplamente a positivação desses direitos.

Essas são, sumariamente, as dimensões que os direitos fundamentais teriam assumido ao longo de sua evolução. Não obstante isso, já há quem fale em uma quarta e até em uma quinta dimensão de direitos fundamentais, como a demonstrar o seu constante e ininterrupto processo de evolução e desenvolvimento²¹.

Deve-se ressaltar, ainda, que essa constante evolução dos direitos fundamentais revela que estes constituem uma categoria materialmente aberta e

¹⁹ SARLET, Ingo W.. Ob. cit., p. 55-56 (destacamos).

²⁰ Para que se tenha uma idéia da influência dessa segunda dimensão dos direitos fundamentais, basta uma rápida análise da nossa Constituição Federal de 1988 que, em seus artigos 6^a ao 11^o (mas não exclusivamente), traz amplíssimo rol de direitos sociais.

²¹ No Brasil, Paulo BONAVIDES defende a existência de uma quarta dimensão decorrentes da globalização dos direitos fundamentais e relacionada a direitos como o da democracia, direito à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a.ed., ver. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 570-573). Apesar da válida argumentação, acreditamos que tais direitos não podem ainda ser classificados em uma dimensão própria, por faltarlhes uma caracterização singular, podendo ainda serem reconduzidos a uma das três dimensões já mencionadas.

mutável. Ainda, como leciona SARLET²², grande parte dos direitos fundamentais, mesmo aqueles integrantes da chamada primeira dimensão, vêm sendo revisitados e atualizados constantemente, em uma “*transmutação hermenêutica*”²³, o que acaba por lhes atribuir especial importância nos tempos presentes.

Resta dizer, ainda, para justificar a constante evolução dos direitos fundamentais, que tais direitos são fixados com base em uma “dimensão profética”, ou seja, os direitos fundamentais estão permanentemente direcionados ao futuro, gerando a perspectiva e a possibilidade de mudanças e progressos na sociedade²⁴. Essa “dimensão profética”, por óbvio, de modo algum escapa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁵.

²² SARLET, Ingo W., Ob. cit., p. 60 e ss..

²³ É exatamente a partir desse fenômeno de “*transmutação hermenêutica*” que entendemos “surgir” o propalado direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva. Assim, como veremos, o aspecto de “novo” desse direito fundamental reside tão-só na nova fundamentação hermenêutica que a doutrina tem atribuído a um conjunto de outros princípios sistêmicos. Tudo isso em razão de uma clara insatisfação social com a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado atualmente.

²⁴ SARLET, Ingo W.. Ob. cit., p. 65.

²⁵ Desde já, cabe a ressalva de que contemporaneamente a doutrina que propugna pela classificação restritiva dos direitos fundamentais em “gerações” ou dimensões vem sendo atacada, em decorrência principalmente da teoria da multifuncionalidade (como será analisado mais adiante). Entende-se hodiernamente que os “direitos fundamentais em geral” atuam funcionalmente como direitos de defesa (direitos fundamentais de “primeira dimensão”) e como direitos prestacionais (direitos fundamentais de “segunda dimensão”), sem que se desvirtuem, o que demonstra a impropriedade de se falar de dimensões de direitos fundamentais. Esses assuntos serão melhor desenvolvidos no Capítulo II, Seção 3, “A multifuncionalidade dos direitos fundamentais”.

Capítulo II - A Teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios.

Seção 1 - Da distinção entre princípios e regras.

O primeiro passo para uma análise dogmática de uma teoria dos direitos fundamentais é fixarmos um entendimento acerca da concepção do que sejam princípios e regras. Com efeito, o conceito de princípios é pressuposto básico para a construção da teoria dos direitos fundamentais como teoria de princípios (que, como se verá, será a teoria por nós adotada), sendo, portanto, inescapável a sua importância para o objeto desse estudo.

Com esse item pretende-se, esboçar, ainda que de modo sumário, as formas mais difundidas de conceituar os princípios e as regras, para que, então, possamos adotar uma dessas posições.

A questão que ora se propõe é tormentosa, sendo muitos os doutrinadores que se debruçaram ao estudo especificamente dessa distinção. Entre eles, podemos notar a existência de três linhas bem definidas de concepções da distinção entre princípios e regras, quais sejam: (1) a distinção entre princípios e regras possui caráter lógico e qualitativo (entre os representantes dessa forma de concepção, teríamos DWORKIN e ALEXY); (2) a distinção entre princípios e regras é meramente de grau de abstração (concepção ao qual se perfilha, o sempre citado nesse assunto, HUMBERTO ÁVILA); e (3) aqueles que defendem não haver a possibilidade ou utilidade em uma tal distinção entre princípios e regras (perfilhando esse entendimento, encontramos AARNIO)²⁶.

Para alcançar os fins a que nos propusemos nesse item, entendemos ser bastante a análise dos argumentos das primeiras duas formas de concepção mencionadas, que, de resto, são as predominantes na doutrina nacional.

²⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*, nº. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun., 2003, p. 609.

Ronald DWORKIN, a partir de uma crítica ao positivismo desenvolvido por HART²⁷, afirma que todo sistema jurídico composto exclusivamente por regras seria insuficiente, pois não teria capacidade de responder aos chamados casos complexos (*"hard cases"*)²⁸. Um tal sistema jurídico implicaria a aceitação, portanto, de que em certos casos a única solução correta a certo litígio só poderia ser dada por meio da discricionariedade judicial.

A partir desse raciocínio, o catedrático de Oxford defenderá a existência de uma outra espécie normativa, os princípios. Ao contrário das regras que possuem apenas uma dimensão de validade (valem ou não valem) e conseqüentemente devem ser aplicadas em toda a sua inteireza; os princípios, além da dimensão de validade, possuiriam uma dimensão de importância ou, metaforicamente, de peso²⁹.

²⁷ O autor, assim enuncia a sua linha argumentativa para distinguir as regras dos princípios: *"I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart's version as target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules."*(destacamos) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 1997, p.22.

²⁸ Com efeito, DWORKIN entende por *"hard case"* aqueles casos nos quais não há uma regra jurídica diretamente aplicável que solucione o conflito.

²⁹ Pedimos licença para destacar alguns trechos da obra de DWORKIN que bem elucidam as afirmativas aqui realizadas: *"The distinction between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision". E, completa "The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule. But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met."* Após analisar a aplicação de alguns princípios, o autor assevera que: *"Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (...), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, a exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension". Logo, "if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves. A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort. A legal system may also prefer the rule supported by more important principles."*(destacamos) DWORKIN, Ob. Cit, p. 24-27.

ALEXY³⁰ aceita essa distinção valorativa entre os princípios e as regras, porém vai além. Para ele, os princípios devem ser aplicados sempre na “*maior medida possível*”, diante das condições fáticas e jurídicas dadas por um caso concreto. É disso especificamente que decorre a natureza marcadamente conflitual dos princípios. Em outras palavras: entender os princípios como verdadeiros “*mandamentos de otimização*” implica aceitar que constantemente esses entrarão em choque um com o(s) outro(s).

Nessa linha de pensamento, o autor defenderá que cada princípio singularmente considerado é um dever “*prima facie*” (“à primeira vista”, ou seja, não definitivo), pois os princípios formam um conjunto que se “autolimita”, em decorrência de seus constantes choques. Isso quer dizer que apenas em condições perfeitas, um dado princípio aplicar-se-á na sua máxima medida.

As constantes colisões de princípios impescindem de um método resolutivo, que declare qual dos princípios tem maior importância ou peso diante do caso concreto. Esse método é o *sopesamento* ou *ponderação dos princípios*. É através da aplicação da ponderação que poderá se declarar, que: (a) considerando o conflito entre dois ou mais princípios; (b) considerando que todos esses princípios devem ser realizados na maior medida possível no caso; (c) considerando as condições fáticas e jurídicas trazidas pelo caso; deve-se extrair uma “regra” jurídica que ditará a resolução do caso concreto, através da atribuição de maior peso a certos princípios em detrimento dos outros. Assim, afirma-se que dadas àquelas específicas condições, um determinado princípio possui maior importância que os demais. O raciocínio subsequente é o de que os princípios preteridos naquela ponderação não são eliminados do sistema jurídico, podendo vir prevalecer em um outro caso concreto³¹.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997, p. 86-87.

³¹ Nas elucidativas palavras do próprio ALEXY: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los **principios** son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*

*El cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen **determinaciones** en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que a*

Por conta de tudo isso é que se afirma que os princípios são meramente deveres “*prima facie*”; enquanto que as regras são deveres definitivos que, sendo válidas para um caso concreto, imediatamente devem ser aplicadas em toda a sua inteireza.

HUMBERTO ÁVILA³² sustenta posicionamento bastante distinto desse. Na sua opinião, (1) as regras não são imediatamente aplicáveis, pois necessitam passar por um processo interpretativo, tanto quanto os princípios, antes de poderem ser aplicadas. Assim, não existiria espaço para a aplicação do método “tudo ou nada” (“*all-or-nothing fashion*”). Defende, ainda, que (2) os princípios e as regras, ambos, devem ser aplicados de modo que o seu conteúdo seja realizado totalmente, desmistificando assim o critério da dimensão de peso dos princípios. Por fim, transcrevemos passagem que expressa a conclusão a que chega o autor:

Diante do exposto, pode-se definir os princípios como *normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta.*

As regras podem ser definidas como *normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida*³³.

Resumindo, ÁVILA defende que (3) a distinção entre princípios e regras deve se dar meramente por uma diferença de grau de abstração.

diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.” Teoria de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997.

³²ÁVILA, Humberto. *A distinção entre Princípios e Regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº. 215, p.151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan/mar, 1999. Para uma análise mais aprofundada dos argumentos desse autor, ver o também seu *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ªed., Malheiros Ed.: São Paulo, 2005. Nessa obra, além de assumir o mesmo posicionamento já por ele defendido no artigo mencionado, ÁVILA perfilha interessantes críticas as teorias de distinção dos princípios, as classificando em três grupos: as que se baseiam no critério do “caráter hipotético-condicional”, as que se baseiam no “modo final de aplicação” e as que tomam como ponto de partida o “conflito normativo”.

³³ÁVILA, Humberto. *A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do dever da proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº. 215. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1999, p. 159-160.

Apesar do respeitável posicionamento do autor, entendemos, na esteira das lições de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA³⁴, que seus argumentos não são suficientes para impugnar as teorizações de DWORKIN e, mais propriamente, de ALEXY.

Quanto ao primeiro argumento exposto por ÁVILA (1), nota-se que o autor descuidou de uma distinção básica entre texto legal e norma jurídica. Como se sabe, toda norma jurídica pressupõe a interpretação tanto do texto legal, quanto da situação fática. Logo, ao afirmarmos a discussão acerca de dois tipos de **normas**, os princípios e as regras, já está se pressupondo a interpretação prévia do texto e da realidade fática. Ademais, nem se pode imaginar que a regra tão-só por ser interpretada, como toda norma jurídica o é, perderia o seu modo de aplicação “tudo ou nada”³⁵.

O segundo argumento exposto (2) pretende criticar a concepção de ALEXY, segundo a qual os princípios deveriam ser realizados na “maior medida possível”. ÁVILA afirma que *“a diferença [entre princípios e regras] não está no fato de que as regras devem ser aplicadas ‘no todo’ e os princípios só na ‘máxima medida’.* Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente”³⁶. De outro modo, entretanto, entendemos ocorrer.

Os princípios, com anteriormente afirmado, configuram deveres “*prima facie*”, porém, em um segundo momento, após o sopesamento ou ponderação, extrai-se uma regra, autolimitadora dos princípios, a ser aplicada no caso concreto. *“É essa regra que deverá ser realizada ‘no todo’.* Mas ela não se confunde com o ‘conteúdo de dever-ser’ dos princípios, já que aplicável somente no caso concreto. O ‘conteúdo de dever ser’ dos princípios continua sendo *prima facie* e, por isso, realizável em medidas diversas.”³⁷

Negadas as premissas argumentativas da tese de ÁVILA, não podemos aceitar a conclusão (3) a que o autor chega, segundo a qual a distinção entre princípios e regras seria meramente de grau de abstração.

A distinção não está em a regra prever uma “consequência determinada” e o princípio ser mais “vago”. A distinção entre princípios e regras está, sim, como queria

³⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção*. p. 612 e ss.

³⁵ DA SILVA, Virgílio A.. Ob. cit., p. 617.

³⁶ ÁVILA, Humberto. A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do dever da proporcionalidade, p. 164.

³⁷ DA SILVA, Virgílio A., Ob. cit., p. 623.

ALEXY, simplesmente na característica de que as regras expressam deveres definitivos, enquanto que os princípios expressam deveres *prima facie*.

É essa a concepção de princípios que adotaremos ao longo de toda essa monografia.

Por fim, cabe fazer um importante alerta. Como VIRGÍLIO A. DA SILVA enfaticamente anota, os doutrinadores brasileiros em geral adotam uma concepção de princípios que poderia ser formulada assim: “os princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”³⁸. Apesar de não criticar essa concepção, o mestre brasileiro é categórico ao afirmar a sua incompatibilidade com as lições de ALEXY. Nesse sentido lê-se:

*A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.*³⁹

Isso permite a conclusão de que, muitas das vezes em que a doutrina se refere aos princípios, segundo a teorização de ALEXY, teríamos apenas uma regra. É o que ocorre com o chamado “princípio da legalidade”, por exemplo. Conforme o entendimento de ALEXY, nada mais seria do que uma regra, a despeito de sua inegável fundamentalidade em uma sociedade democrática. É com base nisso que se pode afirmar o caráter axiologicamente neutro e estrutural do conceito proposto por ALEXY⁴⁰, que ora adotamos.

Seção 2 - A teoria principiológica dos direitos fundamentais.

³⁸ DA SILVA, Virgílio A., Ob. cit., p. 612.

³⁹ DA SILVA, Virgílio A., Idem., p. 613.

⁴⁰ DA SILVA, Virgílio A., Idem., p. 615.

BÖCKENFORDE⁴¹ realiza uma das mais influentes classificações tipológicas das teorias dos direitos fundamentais. O autor identificou cinco tipos de teorias, que assim classificou em: liberais, democrático-funcionais, institucionais, a do Estado Social e as axiológicas.

É a partir da crítica desse posicionamento que ALEXY, em meados da década de 80, constrói a sua teoria estrutural dos direitos fundamentais.

ALEXY pretendia criar uma teoria dos direitos fundamentais aglutinadora das várias propostas feitas até então, pois entendia que assim fazendo estaria realizando na maior medida possível a teoria dos direitos fundamentais⁴².

Ao construir essa teoria, ALEXY dá especial atenção à teoria das posições jurídicas básicas⁴³ e à teoria dos princípios.

Um dos propósitos da teoria dos princípios de ALEXY é reabilitar a axiologia dos direitos fundamentais, a partir da concepção de que princípios e valores são estruturalmente coincidentes. Assim, para o autor alemão, a única diferença entre princípios e valores estaria que na colisão dos primeiros tem de se chegar ao comportamento “devido” (o que deve ser decidido no caso concreto), enquanto que na colisão de valores chegar-se-ia no que é “melhor”⁴⁴, isso porque ora se está no plano axiológico, ora no deontológico.

Essa semelhança assume relevância, pois é através dela que ALEXY fundamentará que as teorias axiológicas, até então defendidas, podem ser reconduzidas a uma teoria dos princípios.

Dessa maneira, com relação às outras teorias tipologicamente dispostas na classificação de BÖCKENFORDE, que não as declaradamente axiológicas, ALEXY⁴⁵ as critica, afirmando que todas são reconduzíveis a meras teorias de valores também.

⁴¹ Conforme nos dá notícia ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 542.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 36.

⁴³ ALEXY ao se reportar à importância da teoria das posições jurídicas básicas, adota a doutrina dos status, formulada por JELLINEK e rapidamente abortada nesse estudo, no item que trata da multifuncionalidade dos direitos fundamentais (2.4.).

⁴⁴ Nas palavras de ALEXY: “la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es **prima facie** lo mejor es, en el modelo de los principios, **prima facie** debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferenciam solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”. E, em outro momento, afirma categoricamente, “Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”, Ob. cit., p. 164.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 543-544.

Nesse sentido, as teorias liberais estariam fortemente ligadas à afirmação de um único princípio, a liberdade negativa frente ao Estado; as teorias democrático-funcionais afirmariam a prioridade “*prima facie*” do princípio democrático em relação aos demais princípios; e a teoria do Estado Social defenderia que o princípio da liberdade material tem a mesma importância que o princípio da liberdade formal⁴⁶.

Nem a teoria institucional dos direitos fundamentais, desenvolvida principalmente por PETER HÄBERLE, escaparia de ser taxada de axiológica por ALEXY⁴⁷. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais seriam institutos, por serem permanentemente invocados pela sociedade em geral e por desempenharem notável função estabilizadora da ordem social. Conforme ALEXY, na interpretação dos direitos fundamentais com base nessa teoria, atribuir-se-ia um peso maior aos princípios vinculados aos bens coletivos, em detrimento dos princípios liberais. Logo, em face dessa preferência por certos valores, subjacente à teoria institucional dos direitos fundamentais também estaria uma teoria dos princípios e dos valores.

Sendo assim, todas as teorias apontadas por BÖCKENFORDE são teorias de valores e princípios. A partir dessa constatação, ALEXY⁴⁸ classificará em três tipos as diversas teorias de princípios: (1) as teorias que apontam a um único princípio fundamental; (2) aquelas que assentam um feixe de princípios iusfundamentais, de igual hierarquia; (3) e, por fim, as teorias de princípios que se assentam em um feixe de princípios fundamentais, no qual existe uma certa ordem de prevalência entre eles.

Após examinar os dois primeiros tipos de teorias dos princípios e não admiti-las, ALEXY filia a sua teoria à terceira classificação. Portanto, para o autor alemão, a teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios está baseada na existência de uma ordem de preferência entre os princípios de um ordenamento jurídico. E isso, pois, “*no es posible un orden de los principios o un orden de valores que, de una manera intersubjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado; un orden tal podría ser llamado ‘orden duro’. Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades **prima facie**.*”⁴⁹

⁴⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 134 e ALEXY, Ob. cit., p. 542-543.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 544-5455.

⁴⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit., p.546,

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 549.

Nesse sentido, ALEXY afirmará que os princípios da liberdade e da igualdade jurídica possuem inicialmente uma prioridade sobre os demais. Isso, ressalva o autor, não significa que tais princípios sejam absolutos. Apenas lhes atribui uma carga argumentativa maior que aos demais.

Com isso, quer-se dizer que os princípios da liberdade e igualdade jurídica poderão não prevalecer em um dado caso. Para tanto, contudo, a fundamentação em outros princípios fundamentais deverá se dar de modo a superar o “plus” argumentativo de que são dotados a liberdade jurídica e a igualdade jurídica. Outra hipótese a ser aventada é a situação de conflito de direitos fundamentais, no qual existem razões igualmente fortes em favor de duas soluções diferentes; nesse caso dever-se-á aplicar a solução a que corresponda a maior proteção possível dos princípios da igualdade e da liberdade. É nesse sentido, portanto, que se afirma que esses princípios são dotados de uma carga argumentativa pré-constituída a seu favor.

Com base nessa característica de hierarquia “branda” entre os princípios é que ALEXY afirma o caráter racional de sua teoria, para tentar fugir ao condenado decisionismo judicial⁵⁰.

É certo que essa teoria estrutural dos direitos fundamentais abre grande espaço para a criatividade judicial (que deverá sempre estar baseada em critérios racionais intra-sistêmicos), por isso, deve-se dar a devida importância ao aviso feito pelo próprio ALEXY, no sentido de que não se deve esperar muito de uma teoria dos direitos fundamentais, pois **nunca será possível estabelecer uma única solução para cada caso de aplicação de direitos fundamentais**. Assim,

lo único que puede exigirse de ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable em la mayor medida posible. Estas exigencias las satisface una teoria de los principios que contenga um haz de principios iusfundamentales y

⁵⁰ Aliás, muitos autores afirmam que uma teoria de princípios seria irracional, deixando espaço para a discricionariedade judicial, principalmente, em razão de a ponderação não consubstanciar regra adequada a possibilitar uma decisão judicial racional baseada apenas no ordenamento jurídico. Não entendemos que assim se passe. Para nós, resta evidente que a regra da ponderação não elimina os possíveis pontos de vista do juiz, entretanto, isso não implica ser a decisão jurídica irracional, pois o juiz deve tomar indubitavelmente critérios estritamente racionais e positivos para chegar à decisão. De resto, o destacado caráter de valorização da decisão é inerente ao próprio pensamento jurídico. Para maiores aprofundamentos nessa questão, ver STEINMETZ, Ob. cit., p. 211 e ss..

los coloque em um orden blando, através de prioridades prima facie, em aras de los principios de la libertad juridica y la igualdad jurídica ⁵¹

Por fim, devemos acrescentar que se os direitos fundamentais possuem natureza de princípios, isso decorre da concepção de que os direitos fundamentais consubstanciam uma ordem objetiva de valores. Por outras palavras, estamos a falar da chamada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, item que merecerá a nossa atenção detida no próximo tópico.

Seção 3 - As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

A partir do ideário liberalista que vigorou fortemente até o início do século XX, ao se pensar em direitos fundamentais, tinha-se em mente a concepção apenas de um direito de proteção em face do poder opressor estatal. Em outras palavras, os direitos fundamentais eram tidos exclusivamente como direitos subjetivos garantidores de uma esfera livre de intervenção estatal.

Com o advento do Estado Social e, notadamente, com o final da Segunda Guerra Mundial, na medida em que se incorporavam novos direitos ao rol dos direitos fundamentais⁵², percebeu-se uma outra perspectiva dos direitos fundamentais: a sua perspectiva objetiva.

Tal perspectiva toma como ponto de vista a comunidade como um todo e, portanto, não um ponto de vista individual, como faz a perspectiva subjetiva. Nota-se, agora, que os direitos fundamentais também consagram valores e fins de uma determinada sociedade politicamente organizada. E como tais, significam um norte a ser seguido tanto pelos três poderes estatais, quanto pela comunidade em geral.

Ademais, é a “descoberta” dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que possibilita a afirmação de que o Estado tem um dever de

⁵¹ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 552 (destacamos).

⁵² Conforme explanado no item 1.3., ao se tratar especificamente da segunda “dimensão” dos direitos fundamentais, é nesse período que os direitos sociais e econômicos ganham força nos mais diversos textos constitucionais.

proteção ativa desses direitos, seja assegurando as condições materiais aos cidadãos para o exercício efetivo dessas garantias constitucionais, seja através de um dever decorrente de formatar seus órgãos e seus respectivos procedimentos para propiciar a efetivação mais ampla possível dos direitos fundamentais⁵³.

Por fim, note-se que o reconhecimento dos direitos fundamentais como valores políticos possibilita a superação dos limites liberais postos pela doutrina anterior (o mero dever de abstenção estatal como único meio de dar eficácia a esses direitos, por exemplo) abrindo espaço para concepções de eficácias dos direitos fundamentais muito mais amplas que apenas a tradicional eficácia vertical.

Seção 4 - A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

O estudo das perspectivas objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais possibilita afirmarmos que o papel por eles desempenhado não se circunscreve a apenas uma função. Antes, os direitos fundamentais, a depender da perspectiva que se adote, assumem claramente uma ou mais funções ao mesmo tempo. É por isso que parece, ao menos, descabida a afirmativa de que os direitos fundamentais exerceriam unicamente função de defesa em face do Estado. Ao contrário, a doutrina, hoje, é quase unânime ao afirmar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

A teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais “busca” as suas raízes na teoria dos quatro status proposta por JELLINEK.

JELLINEK⁵⁴ concebeu quatro situações jurídicas distintas, decorrentes do vínculo entre um indivíduo e o Estado. O status passivo (*status subjectiones*), que seria a situação jurídica de subordinação do indivíduo aos mandamentos e proibições estatais. O *status negativus* que limitaria esse poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera individual inviolável pelo Estado. O *status positivus* ou *civitatis* que representaria a situação jurídica na qual ao indivíduo é assegurado a

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2006, p.107.

⁵⁴ Conforme nos noticia SARLET, Ingo W.. *A eficácia dos direitos fundamentais*., p. 171. e LUÑO, Perez, Obr. cit., p. 24

utilização de prestações estatais e a conseqüente possibilidade de exigí-las. E, por fim, o *status activus* que atribui ao cidadão a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal.

É a partir dessa teoria desenvolvida pelo publicista alemão, que CANOTILHO classificará os direitos fundamentais, quanto ao seu aspecto funcional.

O professor português, adotando em parte a classificação de ALEXY, divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos prestacionais e os direitos de defesa. Os direitos prestacionais, por sua vez, subdividem-se em direitos de acesso e utilização de prestações estatais (originários e derivados) e os direitos à participação na organização e procedimento de realização⁵⁵.

Assim, o Estado instituiria direitos prestacionais (como o acesso à hospitais, por exemplo), o que geraria um dever estatal subseqüente de possibilitar a todos os indivíduos da sociedade o igual acesso a essas prestações (originárias) instituídas. Aliás, em relação a essas prestações originárias já instituídas pelo Estado, surgiria uma vedação ao Poder Público de retroceder no seu oferecimento. Dessa forma, garante-se a manutenção do grau de concretização dos direitos fundamentais já realizados. É dessa ponderação que surge a concepção de vedação ao “retrocesso social”⁵⁶.

Outrossim, a partir da defesa da necessidade de “democratização da democracia” surge a concepção de que aos direitos fundamentais foi atribuída a função de participação na organização e no procedimento⁵⁷. Com isso, quis-se dizer que em decorrência do afastamento dos cidadãos dos processos de tomada de decisões, atribui-se aos direitos fundamentais a função de reconduzir os cidadãos a tais processos, para bem redemocratizar a ordem jurídica em geral.

Em conclusão, com base na classificação elaborada por CANOTILHO, resta quase como um exercício de imaginação, advogar, na atualidade, a tese de que os direitos fundamentais exerceriam apenas a função de defesa de uma esfera privada do cidadão frente ao Estado. O que ocorre, em realidade, é que os direitos fundamentais assumem cada vez mais funções diversas na sociedade; funções essas que exercem ora isolada, ora concomitantemente.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ªed.. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541- 547.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem, p.542.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem, p. 546-547.

Isso implica afirmar que um direito fundamental pode estar protegendo a esfera privada de um indivíduo (direito de defesa), ao mesmo tempo em que está impondo ao Estado uma atividade prestacional e, portanto, não passiva. É exatamente esse fenômeno que caracteriza o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁵⁸.

⁵⁸ Nesse sentido, ver a Parte II, Capítulo III, Seção 2, “O enquadramento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na classificação dos direitos fundamentais”, dessa monografia.

Capítulo III - As eficácias dos direitos fundamentais.

Apesar de algumas conexões que possam ser feitas, as eficácias dos direitos fundamentais trazem problemática diversa da relacionada às perspectivas objetiva e subjetiva a pouco analisadas. Esta distinção deve ficar clara.

Com efeito, ao tratarmos de eficácia horizontal e vertical estamos nos referindo à vinculação aos mandamentos iusfundamentais nas relações travadas entre particulares e nas relações de particulares frente ao Estado, respectivamente. Em ambas as situações, no entanto, é possível a análise desses direitos fundamentais seja em uma perspectiva subjetiva, seja como uma ordem de valores consagrados por uma sociedade política (perspectiva objetiva). Logo, a questão das eficácias se põe em “plano distinto”, por assim dizer, das perspectivas dos direitos fundamentais.

Feito esse esclarecimento para que se evitem confusões, não há como se negar que muitas das idéias utilizadas quando da análise das perspectivas subjetiva e objetiva, aqui também se aplicam, como se notará.

Seção 1 - A eficácia horizontal.

A eficácia horizontal, também conhecida por eficácia privada dos direitos fundamentais, é fonte de constante debate doutrinário, como se verá.

Para nós, parece ser ponto de partida essencial à análise dessa eficácia, a constatação, feita por SARLET, no sentido de que não vivemos mais sob a égide do Estado liberal clássico, no qual os direitos eram tidos unicamente como direitos de defesa do indivíduo frente às ingerências do Poder Público e no qual vigia uma grave separação entre Estado e Sociedade, entre o público e o privado. Ao contrário, vivemos hodiernamente em um Estado Social de Direito (que exerce uma

pluralidade quase incontável de funções) e em uma sociedade cada vez mais ativa no exercício do poder⁵⁹.

Por conta dessas alterações, o Estado não pode mais ser considerado “o” inimigo do indivíduo, mas, talvez, somente mais um dos inimigos capazes de afrontar a liberdade individual do cidadão. Com efeito, não há como se negar que, na sociedade contemporânea, as liberdades e garantias individuais do cidadão não sofram graves ingerências dos grandes e reais detentores do poder econômico e social, que não mais coincidem exclusivamente com a figura do Estado.

É com base nesse pressuposto, que a maior parte dos doutrinadores afirma a necessidade de se aceitar a chamada eficácia privada dos direitos fundamentais.

Em realidade, as divergências doutrinárias estão mais propriamente relacionadas ao fato de essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se dar ou não de maneira imediata e direta.

Perfilha-se entre os argumentos “pró” eficácia horizontal direta e imediata a afirmativa de que - considerando-se a força normativa da constituição e, portanto, que os direitos fundamentais constituem normas valorativas válidas ao ordenamento jurídico como um todo – não se poderia conceber que o direito privado ficasse à margem de todo o sistema jurídico, afastando-se dos desígnios impositivos constitucionais.

A autoridade de CANARIS⁶⁰, no entanto, contesta em parte essa linha argumentativa⁶¹. O autor não nega o caráter vinculativo dos direitos fundamentais, mas afirma que tais comandos constitucionais são destinados imediatamente e diretamente apenas ao Estado e seus órgãos e não ao sujeito privado, portanto. O particular se submeteria apenas a uma incidência dos direitos fundamentais mediatizada pelas atividades estatais (atividades executiva, legislativa e judiciária).

⁵⁹ SARLET, Ingo W.. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.374.

⁶⁰ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (trad.: SARLET, Ingo W.; PINTO, Paulo Mota). Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 55.

⁶¹ Ressalve-se, no entanto, que a formulação teórica de CANARIS tem como preocupação o contexto trazido pela Lei Fundamental alemã que, no seu art.1º., n. 3, determina que os direitos fundamentais vinculam o legislador e os órgãos jurisdicionais “*como direito imediatamente vigente*”. É a partir da distinção entre as expressões “*vigência imediata*” e “*eficácia imediata*” dos direitos fundamentais, que CANARIS advogará a tese de que tais direitos têm vigência imediata em face do juiz e do legislador, mas não têm eficácia imediata em relação a terceiros. O contexto constitucional brasileiro possibilita-nos chegar a conclusão diversa dessa, como demonstraremos.

É com base nesse raciocínio que se aduz que o legislador estaria completamente vinculado à Constituição, contudo, haveria um espaço suficientemente amplo para conformá-la às situações materiais privadas. Tal “espaço amplo” seria como uma “reserva” de competência ao legislador para dar vazão as suas opções políticas diante dos “contornos” dados pelo texto constitucional.

Nesse sentido, CANARIS nega expressamente a eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, argumentando que a incidência sobre os particulares apenas ocorreria através de uma eficácia irradiante⁶², ou como afirmado acima, mediatizada pelo Estado. Conforme o entendimento do civilista alemão, a concepção de uma eficácia imediata perante terceiros conduziria *“a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas a sua autonomia”*⁶³.

A partir dessa concepção é que se chega ao que entendemos ser o mais grave argumento favorável a existência de uma eficácia apenas mediata e indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Qual seja: a afirmação de que uma eficácia direta dos direitos fundamentais feriria a autonomia privada das pessoas, pois não seria lógico aceitar a “intromissão” de direitos “públicos” em uma relação supostamente marcada pela igualdade das partes, retirando delas a sua liberdade.

Nessa perspectiva, parte da doutrina⁶⁴ desenvolveu uma concepção mista, segundo a qual a eficácia direta ou a eficácia indireta dos direitos fundamentais seria determinada pelas circunstâncias do caso concreto. Logo, ao se tratar de particulares em situação de relativa igualdade, aplicar-se-ia os direitos fundamentais com uma eficácia apenas mediata; ao contrário, nas situações em que houvesse

⁶² Nas precisas palavras do autor, *“Designadamente, matem-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também ‘sobre ele’ que recai a obrigação de proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro”*(destaque nosso) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ob. cit.*, 2003, p. 58.

⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Obr. cit.*, p. 53-54.

⁶⁴ Conforme nos relata SARLET, Ingo W.. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 371 e ss.

ameaça ou ingerência na dignidade da pessoa humana, aceitar-se-ia a eficácia direta dos direitos fundamentais.

Apesar de ser virtualmente melhor essa posição em relação à simples negação da existência da eficácia horizontal imediata, entendemos que essa ainda não é o posicionamento ideal a ser adotado.

Com base no teor de nossa Carta Constitucional de 1988, notadamente, no disposto em seu artigo 5º, §1º (que prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais), preferimos concluir, apoiados no magistério de SARLET⁶⁵, que o nosso direito positivo adota a tese da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais. Assim, apesar do reconhecimento de que o “modo de aplicação” dos direitos fundamentais às relações particulares é sensivelmente diverso do modo de aplicação em face do Estado, não se nega a vinculação imediata dos particulares às disposições iusfundamentais. Com isso quer-se chamar a atenção para o fato de que apesar da aplicação desses mandamentos constitucionais nas relações particulares implicarem choques, quase constantes, com a autonomia privada, isso não é fato suficiente a obstaculizar a existência da eficácia horizontal imediata.

Com efeito, não se pode deixar de considerar que a autonomia privada é considerada pelo nosso sistema constitucional um direito fundamental também. Assim, o modo de aplicação a que pouco nos referimos, deve levar em consideração o constante choque do princípio fundamental da autonomia privada e os demais direitos fundamentais, que deverá ser devidamente solucionado pela ponderação e sopesamento da importância dos princípios, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

A solução do caso concreto, logo, deverá ser formulada de modo a preponderar um dos princípios sob o outro, sem, no entanto, sacrificar a essência de nenhum deles. Protege-se, assim, nas relações privadas, tanto as garantias e direitos individuais constitucionalmente assegurados, quanto a consagrada autonomia privada, o que permite não desconfigurar as relações particulares como tais.

⁶⁵ SARLET, Ingo W.. *Ob. cit.*, 379.

Seção 2 - A eficácia vertical.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais, por sua vez, não desperta tantos embates doutrinários, em razão de ser tida originalmente como eficácia típica desses direitos. Aliás, parece haver grande consenso entre os autores de que o Estado e seus órgãos estão direta e imediatamente vinculados aos direitos fundamentais⁶⁶.

Ademais, frente à imposição constitucional do artigo 5º, §1º da CF/88 (já mencionada), entendemos que qualquer discussão acerca da imediatidade da vinculação dos poderes estatais ao sistema de direitos fundamentais perderia muita de sua razão de ser.

Contudo, interessante se faz a análise do modo como cada um dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) encontra-se vinculado ao catálogo iusfundamental.

Esse tema, apesar de ter grande importância, só poderá ser visto aqui de maneira sumária. Aliás, deixaremos, inclusive, de analisar a vinculação do Poder Executivo a tais direitos, por entender ser matéria delicada, que refoge aos propósitos desse estudo.

Com relação à vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, pode-se afirmar com a maior segurança que o legislador está obrigado a - imediata e diretamente - dar vazão aos direitos fundamentais, sendo que toda atuação legislativa deve estar pautada em concretizar os desígnios constitucionais. Dessa maneira, é indubitável a incidência sobre o legislador da vedação constitucional de criar normas (ou se omitir em criá-las) que, de qualquer forma, atentem contra o espírito dos direitos fundamentais.

Cabe enfatizar, o legislador é obrigado a – ponderando os interesses, direitos e garantias fundamentais – criar leis que **suficientemente** atendam aos preceitos

⁶⁶ É nessa ordem de pensamentos que sobreleva a importância da enfática afirmativa de Jorge MIRANDA que, à luz da Constituição Portuguesa, argumenta que devem os poderes públicos tomar os direitos fundamentais, ao menos, como *“baliza e referencial”* em sua atuação. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, p.279 **apud** SARLET, Ingo W..Ob. cit., p.341

constitucionais. Em outras palavras, a partir dos contornos dados pela Constituição, cabe ao legislador ponderar os diversos interesses legítimos no seio da sociedade, para editar normas que dêem verdadeira efetividade aos mandamentos constitucionais. Nesse sentido a lição de SARLET: *“De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora”*⁶⁷ (destacamos).

A atividade jurisdicional, por sua vez, encontra-se também vinculada estritamente à observância dos direitos fundamentais. Devem-se destacar, ao menos, dois aspectos dessa vinculação. Ao mesmo tempo em que os tribunais possuem o dever de interpretar e aplicarem as leis de acordo com os direitos fundamentais, aos órgãos jurisdicionais também é imposto o dever de preenchimento de eventuais lacunas do sistema, a partir da interpretação da Constituição^{68 69}.

⁶⁷ SARLET, Ingo W.. *Ob. cit.*, p. 362.

⁶⁸ SARLET, Ingo W.. *Ob. cit.*, p. 369-370

⁶⁹ São estes dois aspectos da eficácia vertical dos direitos fundamentais que ocupam grande parte da atenção dos estudiosos do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como será melhor aprofundado ao longo do Capítulo III da segunda parte dessa monografia.

Parte II – O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva.

Nota Introdutória.

A primeira parte deste estudo monográfico foi destinada à definição de contornos básicos de uma teoria dos direitos fundamentais. A partir dessa análise optamos claramente em adotar a posição elaborada inicialmente por ALEXY, segundo a qual os direitos fundamentais possuem natureza de princípios formando uma ordem objetiva de valores. Adotamos, portanto, uma teoria axiológica dos direitos fundamentais⁷⁰.

Tendo isso como pressuposto, iniciamos a segunda parte desse estudo empreendendo esforços para demonstrar que a efetividade da tutela jurisdicional foi erigida, pelo nosso sistema constitucional de 1988, a valor estruturante de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Através dessa constatação deixaremos claro que a efetividade da tutela jurisdicional foi consagrada como um dos direitos fundamentais intrínsecos ao sistema constitucional pátrio.

Posteriormente, empreenderemos a tentativa de formulação de uma definição do que vem a ser propriamente a efetividade da tutela jurisdicional, passando a analisar alguns aspectos decorrentes da configuração desse direito como um direito fundamental.

⁷⁰ Ver Capítulo II, Seção 2, “A teoria principiológica dos direitos fundamentais”, na primeira parte desse estudo.

Capítulo I – O nosso Estado Democrático de Direito e a consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A Constituição Federal de 1988, já em seu primeiro artigo⁷¹, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui um “Estado Democrático de Direito”. Nesse capítulo tentaremos demonstrar alguns dos reflexos dessa configuração de Estado no âmbito processual, dentre eles, principalmente a consagração do direito à tutela jurisdicional efetiva.

A concepção inicial de Estado de Direito nasce de formulações jusnaturalistas⁷² e estava impregnada pela ideologia liberal. Os jusnaturalistas acreditavam que o “Estado jurídico” seria o único meio de salvar parte da liberdade ilimitada que o homem desfrutava nas sociedades pré-estatal, dando a essa liberdade uma função preponderante, “fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”⁷³. Com base nesse entendimento, a lei e o direito passavam a ser a medida e o limite para toda e qualquer atuação estatal⁷⁴. No entanto, essa primeira concepção do Estado de Direito foi erigida sobre dois fundamentos claramente falsos: (1) o fundamento de que a igualdade seria mera decorrência da consagração da liberdade; (2) e o pressuposto de que todas as pessoas eram igualmente livres⁷⁵.

A ausência de preocupação com a realidade material existente, como ficou claro, nos dois pressupostos do Estado liberal acima arrolados, fez com que tal concepção entrasse em crise, da qual emergiu uma nova configuração de Estado de Direito, o Estado Social. Apesar dessa nova concepção voltar o seu foco para a questão da justiça social, ficou evidente a sua incapacidade de concretizá-la,

⁷¹ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 02.

⁷⁴ Ou na feliz expressão de FERREIRA FILHO, seria o Estado “*sob o império da lei*”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Obr. cit.*, p. 83.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos processuais fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

principalmente pela ausência de participação política efetiva do povo no processo político⁷⁶.

Completando essa evolução histórica, surge o Estado de Direito moderno que está comprometido ao mesmo tempo com a liberdade dos indivíduos e com a questão da justiça social. Contudo, para assegurar tais objetivos, o Estado de Direito moderno utiliza-se da participação efetiva do povo no processo de tomada de decisões. Dessa maneira, é essa marca de representatividade popular, em suas variadas formas (democracia participativa e representatividade indireta), que caracteriza o Estado Democrático de Direito em que vivemos⁷⁷.

A partir da consagração do Estado Democrático de Direito pelo artigo 1º. da nossa CF/88, torna-se imperativo, portanto, o respeito a princípios de justiça social e do pluralismo, o que implica dizer que a análise da nossa concepção contemporânea de Estado de Direito traz grande complexidade.

Apesar dessa complexidade do tema, a concepção moderna de Estado de Direito está fincada em cinco pressupostos materiais bastante específicos⁷⁸, são eles: (1) a constitucionalidade; (2) a consagração de um sistema de direitos fundamentais; (3) a juridicidade; (4) a divisão de poderes; (5) a garantia da administração autônoma local. Explica-se:

(1) o Estado de Direito tem na sua Constituição a sua lei suprema unificadora de todo o ordenamento jurídico, devendo a ela estar totalmente vinculado. Logo, contemporaneamente, todo Estado de Direito pressupõe uma ordem jurídica fundamental vinculante dos poderes públicos estruturada sob uma Constituição normativa. Nesse sentido, a Constituição é a responsável por conferir medida e forma a atuação estatal;

(2) É pressuposto material do Estado de Direito assegurar aos seus indivíduos proteção as suas individualidades, personalidades, autonomias individuais, além de garantir igualdade a todos no tratamento normativo, formando um verdadeiro sistema de direitos fundamentais. Esta é, nos dizeres de

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Obr. cit.*, p. 18.

⁷⁷ Para maior aprofundamento, ler o capítulo "Estado, Democracia Liberal, Democracia Social e Democracia Participativa", do livro *Novas linhas do processo civil*, em que MARINONI analisa mais detidamente o tema.

⁷⁸ Na linha do que defende CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 243 e ss..

CANOTILHO⁷⁹, a “base antropológica constitucionalmente estruturante” do Estado de Direito.

(3) a consagração do princípio do Estado de Direito busca conformar todas as estruturas estatais segundo a medida do direito, entendido como “meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada”⁸⁰, por meio de regras e medidas, formas e procedimentos e instituições.

(4) O princípio da divisão dos poderes é decorrência direta da constitucionalidade do Estado. Tal princípio possui duas dimensões: uma negativa, referente a separação de poderes como limitação e controle do poder estatal (é o conhecido sistema do “checks and balances”); e outra positiva, relacionada a noção de separação de poderes como ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. Nesse sentido, o princípio da divisão dos poderes é um princípio organizatório fundamental da Constituição⁸¹.

(5) Por fim, a vinculação da garantia da administração autônoma local está vinculada ao princípio do Estado de Direito, por remeter a idéia da necessidade de descentralização da administração estatal como forma de limitar a concentração do poder.

Esses pressupostos materiais arrolados por CANOTILHO são perfeitamente aplicáveis ao nosso contexto constitucional, ou seja, nós estamos sim também sob a égide de um Estado Constitucional (que garante direitos fundamentais e a divisão de poderes⁸²), na forma de uma federação (que garante a desconcentração das decisões administrativas), dotado e limitado por regras, procedimentos e instituições.

Contudo, a configuração concreta do nosso Estado de Direito só poderá ser verificada a partir das opções específicas feitas pelo constituinte originário ao definir quais exatamente os direitos fundamentais assegurados, as regras, os procedimentos e as instituições válidas, bem como o modo de divisão dos poderes⁸³.

⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. Cit.*, p. 248-249.

⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 243-245.

⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 250-251.

⁸² Nesse sentido, relembre-se que o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, já expressamente consignava que “*Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição*”.

⁸³ Como anota CANOTILHO, o verdadeiro conteúdo do princípio do Estado de Direito não é “pré” ou “extra” constitucional, mas é definido sim pelo próprio texto constitucional, ou seja, pela forma de racionalização da estrutura estadual-constitucional. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 255.

Em nosso texto constitucional nota-se que a atividade de dizer o direito e assim dirimir os conflitos sociais, a atividade jurisdicional, foi entregue preponderantemente ao Poder Judiciário. Essa atividade jurisdicional desempenhada pelo Poder Judiciário se submete a uma série de balizas postas pela própria CF/88. Tais balizas se destinam a regular a atuação estatal na área jurisdicional, formando um conjunto de direitos fundamentais do qual podemos citar dentre outros: a inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV); a garantia de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX); a garantia do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV); o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV); o princípio da paridade de armas (art. 5º, inciso I); a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII).

Essas são algumas das imposições feitas pelo constituinte para racionalizar e limitar a atuação do Estado no cumprimento de seu dever de prestar a tutela jurisdicional e como tais possuem um caráter marcadamente estruturante do Estado brasileiro. Por isso, pode-se afirmar que esse conjunto de direitos fundamentais “processuais” constitui parte do “nosso” modelo de Estado de Direito, formando um verdadeiro “sub-princípio” desse, que chamaremos de “*princípio da proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas*”^{84 85}.

Uma análise ainda que breve do “*princípio da proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas*” permite afirmar que ele se dirige diretamente a regular o exercício da jurisdição estatal e, como tal, é imprescindível para possibilitar o acesso e à legitimidade de toda e qualquer tutela jurisdicional, pois constitui um conjunto de instrumentos processuais que visam, como bem observado por BEDAQUE, garantir o acesso a ordem jurídica justa⁸⁶.

Contudo, o acesso à ordem jurídica justa não se resume à simples observância das disposições trazidas pelo proclamado “*princípio da proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas*”, uma vez que, pouco adiantará a

⁸⁴ Emprestamos a nomenclatura do professor CANOTILHO, que realiza raciocínio semelhante ao esboçado, porém tendo em vista o ordenamento português. Para maior aprofundamento ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 254-279.

⁸⁵ Tendo em vista a importância evidente dos princípios e garantias constitucionais agrupados em torno desse princípio da proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas, não há qualquer exagero na afirmativa de CANOTILHO segundo a qual o “princípio da proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas” é o pilar fundamental e o coroamento do Estado de Direito.

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2ª. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 31.

obediência a todos esses postulados constitucionais processuais, se a tutela jurisdicional entregue ao *jurisdicionado que tiver razão* não for apta a conferir efetividade à situação da vida amparada pelo direito substancial.

Por isso, parece-nos que subjacente a toda a ordenação constitucional destinada a disciplinar o exercício da jurisdição e o acesso legítimo a ordem jurídica justa está o dever estatal de entregar uma tutela jurisdicional apta a tutelar efetivamente a situação de direito material. Em última análise, portanto, para que seja proporcionado o acesso à ordem jurídica justa, que é objetivo inerente ao Estado de Direito, há a necessidade de que a tutela jurisdicional seja efetiva⁸⁷.

⁸⁷ Apesar da maior parte da doutrina partir da afirmação esculpida no art. 5º., inciso XXXV da CF/88, para fundamentar o direito à efetividade da tutela jurisdicional, nos parece que este direito está ligado mais diretamente ao princípio constitucional do Estado de Direito, ou seja, um Estado que respeita a lei e promova a sua observância por meio de seu poder jurisdicional. Aliás, essa correspondência entre as idéias de efetividade da tutela jurisdicional e do Estado de Direito é plenamente reconhecida pela doutrina. Veja-se:

“Ressalte-se, aliás, que uma adequada tutela jurisdicional dos valores e dos direitos fundamentais da pessoa é fator essencial ao próprio Estado de direito” BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2ª. ed., p. 28;

“As normas – constitucionais, internacionais e legais – garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar a eficácia da proteção jurisdicional. O que significam, porém, mais concretamente, esta abertura e eficácia da proteção jurisdicional de direitos e interesses? Os tópicos a ter em conta são os seguintes. Como conteúdo constitucional e internacional mínimo, exige-se que a proteção jurisdicional não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada. Além deste conteúdo mínimo, é de questionar se bastará o facto de a lei assegurar, de qualquer forma, mesmo vaga e imprecisa, a abertura da via judiciária. Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental ao acesso ao direito e a via judiciária.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., p. 243;

“(…) é preciso assegurar, inclusive mediante a predisposição de formas adequadas rápidas e enérgicas para o exercício da jurisdição [está a se falar, portanto, da efetividade da tutela jurisdicional], a prevalência normativa da vontade oriunda da mais elevada fonte de poder no Estado, ou seja, assegurar a supremacia da Constituição. Essa é a premissa básica do Estado-de-direito, onde não basta a proclamação do intuito de agir ‘segundo o direito e não segundo o arbítrio’, sendo indispensável a oferta de canais para o juízo do bem ou do mal em casos concretos, ou seja, para o reconhecimento do direito e banimento do arbítrio” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª.ed., ver. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 27-28.

Cabe asseverar, no entanto, que a fundamentação do direito à efetividade da tutela jurisdicional a partir da idéia de Estado de Direito não é, de modo algum, excludente dessa outra fundamentação que parte do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, pois, como anotamos, a promessa de tutela jurisdicional do art. 5º., inciso XXXV, é parte fundamental do nosso Estado de Direito, estando entre as balizas consagradas no “*princípio da proteção jurídico-judicial sem lacunas*”.

Por outro lado, o que se pretende com a fundamentação do direito à efetividade da tutela jurisdicional a partir do princípio do Estado de Direito é apresentar uma fundamentação diretamente ligada à perspectiva instrumentalista do processo, na qual se analisa todo o sistema processual partindo-se da figura central da jurisdição e não mais do direito de ação (nesse sentido, para maiores aprofundamentos, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit.). Assim, como parte da doutrina enxerga no art.5º., XXXV da CF/88, apenas a garantia constitucional do direito de ação, preferimos buscar fundamentação para a efetividade da tutela jurisdicional diversa da já tradicional.

Aliás, a idéia de tutela jurisdicional efetiva dos direitos é decorrência lógica e inarredável, da própria criação de uma entidade estatal submetida ao império da lei (Estado de Direito), pois, como detentora do monopólio da coação física legítima, está obrigada a manter a “paz jurídica” entre os indivíduos, o que só será alcançada se efetivamente tutelar os direitos materiais deles⁸⁸. Não é outra a lição de ALEXY⁸⁹:

A renúncia ampla a direitos a uma efetiva autoproteção, condicionada pela transição (construída) da situação pré-estatal, pode ser justificada racionalmente somente se o indivíduo, em troca dessa renúncia, obtém uma efetiva proteção estatal.

Essa função de tutelar (ou proteger) os direitos foi entregue, na estrutura moderna dos Estados de Direito, à jurisdição estatal. Nesse sentido, MARINONI⁹⁰ enfatiza que a função jurisdicional é consequência natural do dever estatal de proteção efetiva a todos os direitos, sendo a faceta do poder estatal responsável por garantir a própria razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, não há como se negar que a adequada e efetiva tutela jurisdicional é condição essencial ao nosso Estado de Direito⁹¹. Ademais, como emanação da própria idéia de Estado de Direito, o direito à efetividade da tutela jurisdicional é um valor estruturante da ordem estatal brasileira. É exatamente nesse fato que reside a sua nota de fundamentalidade material⁹², o que nos permite afirmar que o direito à efetividade da tutela jurisdicional está consagrado pelo nosso sistema constitucional verdadeiramente como direito fundamental⁹³ implícito⁹⁴ (art.5º., §2º. da CF/88).

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 497.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997, p. 440.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, p. 28.

⁹² SARLET acertadamente afirma que a nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais é anotada quando o conteúdo desse direito contem uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. SARLET, Ingo W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 86 e ss.. É exatamente o que, ao nosso ver, só ocorrer com o direito à efetividade da tutela jurisdicional.

⁹³ Aliás, como nos dá notícia BEDAQUE, José R. dos Santos, (*Direito e Processo*, p. 29), vem se sustentando que a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental do homem.

⁹⁴ Conquanto o nosso constituinte não tenha expressamente consagrado o direito à efetividade da tutela jurisdicional, não é incomum que textos constitucionais tragam essa previsão de maneira inequívoca, como nos dá o exemplo o constituinte espanhol, que proclamou no art. 24.1 de sua Constituição que “todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se sem defesa”.

Nesse sentido também é a constatação insuperável de MARINONI⁹⁵:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 184-185.

Capítulo II – O Direito Fundamental à Efetividade da Tutela Jurisdicional.

A definição⁹⁶ do que vem a ser o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como parece óbvio, não pode prescindir da formulação do que se pensa acerca da expressão tutela jurisdicional, a qual varia muito de doutrinador para doutrinador.

A concepção por nós adotada, considera a tutela jurisdicional coisa diversa do “serviço jurisdicional” e do mero dever de resposta ao poder de ação⁹⁷.

Afirmamos, portanto, que tutela jurisdicional é o instrumento que permite a pacificação da situação litigiosa, por meio da outorga de proteção à situação material do autor ou do réu⁹⁸, a depender de quem possua razão. A verificação de qual das partes que possui efetivamente a razão, por sua vez, deverá ser feita por meio de um procedimento estatal que garanta condições mínimas de participação aos interessados para influírem na aplicação judicial do direito positivo.

⁹⁶ Nesse momento, cabe a ressalva de que o objeto desse capítulo não é propriamente uma “definição” exata do que vem a ser o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, pois isso seria praticamente impossível diante da amplitude de tal temática. Antes disso, pretendemos discorrer acerca de alguns contornos do direito à efetividade da tutela jurisdicional, ficando, desde já, a ressalva de que os contornos exatos do direito à tutela jurisdicional efetiva só podem ser vislumbrados diante dos casos concretos e não a priori Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.11.

⁹⁷ “Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever que tem como contraposto o poder de ação. A ação está satisfeita com a emissão do provimento de mérito, favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, jan.-mar., 1996, p. 54.

⁹⁸ Quanto a possibilidade de tutela jurisdicional do réu, vale a pena transcrevermos as seguintes elucidações feitas por BEDAQUE, José R. dos Santos (*Ob. cit.*, p 29-30): “O provimento cognitivo que rejeita a pretensão do autor confere tutela jurisdicional ao réu, pois elimina definitivamente a possibilidade de discussão a respeito daquele direito considerado inexistente. (...) A sentença de improcedência reconhece que o autor não tem direito à tutela jurisdicional, pois não possui interesse juridicamente protegido pelo ordenamento. Tal provimento, todavia, confere tutela ao réu, na medida em que lhe assegura o direito à integridade de sua esfera jurídica. Embora não tenha ele direito subjetivo, tem interesse passível de proteção por meio da tutela jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, a ação declaratória negativa serve para veicular o direito à proteção da esfera jurídica, pois seu autor não deduz direito subjetivo algum contra o réu. Afirma que a inexistência de qualquer direito do réu impede seja ameaçada ou lesada sua esfera de interesses, juridicamente tutelada. Nesse caso, não há direito subjetivo, mas assegura-se a integridade da esfera jurídica do autor. É a mesma tutela conferida ao réu nas declaratórias positivas, condenatórias ou constitutivas julgadas improcedentes.”

Nessa linha de raciocínio, como numa dada relação processual não há como se saber, a princípio, qual das partes possui razão, o único modo de garantir que a tutela jurisdicional será prestada é através do oferecimento a todos os interessados (tanto ao autor, quanto ao réu, portanto) de meios e técnicas capazes de lhes possibilitar a obtenção de uma resposta jurisdicional perfeitamente adequada à preservação de seus interesses legítimos. Por isso, perfeitamente correta a constatação de que, ao longo do processo, ambas as partes têm direito à tutela jurisdicional.

Para além dessa preocupação com as garantias mínimas de participação efetiva dos interessados no processo, o conceito de tutela jurisdicional engloba igualmente a preocupação de que a resposta jurisdicional a ser dada seja hábil a tutelar plenamente o direito material da parte que tiver razão⁹⁹. O foco aqui passa a estar nos resultados produzidos pelo processo e na sua capacidade de reverter situações injustas e desfavoráveis às quais a parte vencedora estava submetida¹⁰⁰.

A partir dessas reflexões, adotamos, para os fins desse trabalho, um conceito bastante amplo de tutela jurisdicional, que inclui tanto a análise dos *meios* predispostos no sistema normativo para a participação dos interessados na formação da decisão judicial, como também inclui a preocupação com os efeitos

⁹⁹ Com isso, não se quer dizer que a parte vencida não terá tido direito à tutela jurisdicional, pois, como nos lembra YARSHELL “o Estado lhe assegurou, através do exercício da função jurisdicional e do devido processo legal, a resolução do conflito segundo regras pré-estabelecidas e garantidoras de sua participação (procedimento e contraditório) no resultado final da decisão, decisão essa prolatada por julgador cuja imparcialidade vem, inclusive revestida de inafastáveis garantias de modo a impedir a supremacia do mais forte sobre o mais fraco”. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 19. Para maiores aprofundamentos acerca da tutela jurisdicional na perspectiva do vencido, ver ainda: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35-36.

¹⁰⁰ Com efeito, ao tratar da tutela jurisdicional, BEDAQUE exalta, em mais de uma passagem, essa preocupação com os resultados a que a atividade jurisdicional conduz: “*Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço do seu resultado (...) Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do Direito em casos concretos trazidos à apreciação do poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir do seu resultado e em função dele*”(destacamos). *Ob. cit.*, p. 25-26.

substanciais (práticos e jurídicos) derivados da atividade jurisdicional, ou seja, com o efetivo resultado do processo¹⁰¹.

Essa concepção ampla da tutela jurisdicional nos permite enumerar algumas características (ou exigências) do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tais como: o direito à técnica processual adequada; o direito de participação através do procedimento adequado; a resposta jurisdicional motivada e dotada de eficácia prática e; a possibilidade de defesa¹⁰².

O “direito de participação através do procedimento adequado” está diretamente vinculado à superação da concepção do Estado Liberal de Direito (no qual não se cogitava da liberdade do homem das ruas, mas sim da liberdade do cidadão¹⁰³) e da consagração do nosso Estado Democrático de Direito. Esse direito refere-se notadamente à necessidade de ampliação das vias de acesso à Justiça¹⁰⁴, através da criação de procedimentos que garantam a “paridade de armas” entre as partes, possibilitando ao cidadão o exercício direto e efetivo da democracia participativa (art.1º., Parágrafo único, CF/88).

Porém, pouco adiantaria a abertura de diversas vias de acesso ao Poder Judiciário, se o procedimento pré-ordenado na lei não for dotado de técnicas adequadas à tutela efetiva da situação material. Aliás, isso apenas conduziria a um

¹⁰¹ Vale a pena lembrar que os resultados do processo a que se faz menção, deverão espelhar os escopos do processo e da jurisdição. Sobre o tema dos escopos do processo e da jurisdição ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 150 e ss..

¹⁰² Está a se fazer referência a alguns dos direitos decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva arrolados por MARINONI, Luiz Guilherme (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 185 e ss.) – “direito à participação através do procedimento adequado”, “direito à técnica processual adequada” e “direito à resposta do juiz”- e por BEDAQUE, José R. dos Santos (*Ob. cit.*, p. 29) – direito ao “amplo acesso ao Judiciário”, direito a “motivação do pronunciamento”, direito a “eficácia prática da decisão” e a “possibilidade de defesa”. A despeito da formulação trazida no texto não ser, portanto, completamente fidedigna a idéia de nenhum dos autores, entendemos que ela atende as premissas que adotamos, além de nos permitir discorrer sobre alguns dos contornos peculiares a idéia de efetividade da tutela jurisdicional.

¹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 46.

¹⁰⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 16-20. A própria CF/88, visando concretizar a idéia de democracia participativa, prevê uma série de formas de participação popular no processo de tomada de decisões políticas, através do acesso à jurisdição. Dentre elas, podemos citar a ação popular, as ações coletivas, a ação de inconstitucionalidade e a ação de constitucionalidade (essas três últimas possibilitam a participação por meio de entidades legitimadas para agir). Nesse particular, ainda, não se pode deixar de mencionar a valiosa contribuição trazida pelas Leis n°. 9.099/95 e 10.259/2001 (instituidoras dos Juizados Cíveis Federal e Estaduais) e pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor que, nos seus artigos 81 e seguintes, abre importante via de acesso à justiça ao permitir que seja dado tratamento processual coletivo a interesses eminentemente individuais.

descrédito ainda maior da atividade jurisdicional, atingindo, por via indireta, a própria crença no nosso Estado Democrático de Direito.

Por conta disso, é de se afirmar que o jurisdicionado possui o “direito a técnica processual adequada” à tutela de sua situação material e não meramente direito a técnica processual pré-estabelecida abstratamente na lei. Pensamento em sentido contrário significaria pensar que o processo é quem dita os contornos do direito material, o que, dentro de uma perspectiva instrumentalista do processo, não possui o menor sentido. Nesse sentido, a lição enunciada por MARINONI¹⁰⁵:

Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso, significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, o juiz não deve, em hipótese alguma, resignar-se simplesmente a pronunciar uma resposta jurisdicional sem se preocupar com os dados materiais implícitos na situação levada a juízo. A mera aplicação da técnica processual pré-estabelecida na lei, descuidando da realidade social conduz invariavelmente à uma tutela jurisdicional não efetiva. Por isso, surge um verdadeiro dever de o juiz adaptar a técnica processual legalmente prevista aos casos concretos. O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não permite outra conclusão.

O raciocínio, em teoria, nos parece bastante simples: caso o juiz, diante do caso concreto, repare que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional foi violado pelo legislador processual naquele particular, deverá afastar essa regra processual e aplicar, através da interpretação do sistema processual, uma técnica processual que realize o máximo de efetividade possível a tutela do direito material¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 189.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 189.

Evidentemente que todo esse procedimento cognitivo realizado pelo juiz e a técnica processual ao final obtida não poderão, sob qualquer pretexto, significar um atentado ao direito de defesa. Aliás, inerente à observância do direito de defesa está também o dever de fundamentação adequada de toda decisão jurisdicional. Assim, a atenção ao direito de defesa é indispensável ao próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois evita que ela consagre o arbítrio judicial.

Diante de todo o exposto, podemos aduzir que constituem contornos característicos do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional a garantia de iguais oportunidades de acesso à justiça, por meio de procedimentos dotados de técnicas processuais capazes de possibilitar uma resposta jurisdicional apta a proteger efetivamente o direito material do demandante que possui razão, sem se descuidar do pleno respeito ao direito de defesa.

Seção 1 – A força normativa do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

O artigo 5º., parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*”. É a consagração inequívoca da força normativa de todos os dispositivos iusfundamentais previstos, implícita ou expressamente, no texto constitucional.

Disso decorre, que a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental que é, possui aplicabilidade imediata, não sendo dependente da edição de qualquer legislação para ser efetivada.

Portanto, a função a ser reservado para o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não pode ser meramente retórica. Muito além disso, a consagração desse direito fundamental pela Constituição impõe ao legislador a sua observância imediata ao instituir as técnicas processuais e impõe ao juiz o papel de intérprete da lei processual e da realidade social, devendo concretizar a efetividade

da tutela jurisdicional sempre e, notadamente, nos casos de omissão e/ou insuficiência da lei¹⁰⁷.

Sabemos que essa tarefa interpretativa do juiz é extremamente complexa, ainda mais quando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva colidir com outros direitos igualmente fundamentais. Porém, essa verdadeira “missão” interpretativa¹⁰⁸, é também essencial à entrega de decisões justas que contribuam para uma eficácia ótima dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, merece o devido destaque o princípio constitucional-interpretativo da efetividade¹⁰⁹, que impõe ao Estado o dever de dar à norma constitucional garantidora de direitos fundamentais o sentido que mais lhe atribua eficácia. Portanto, tanto o juiz, quanto o legislador, além de estarem obrigados a aplicarem imediatamente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, estão vinculados ao dever de atuarem as técnicas processuais com o maior grau de efetividade possível à tutela das situações de direito material.

Seção 2 – O enquadramento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na classificação funcional dos direitos fundamentais.

No capítulo 3 da primeira parte dessa monografia dissertamos sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Naquela oportunidade, nos posicionamos, com apoio na doutrina majoritária, no sentido de que os direitos fundamentais exercem mais de uma função, não se restringindo a ser meramente

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 220-221.

¹⁰⁸ Como já tivemos oportunidade de afirmar, os conflitos de princípios deverão ser resolvidos por meio da “máxima da proporcionalidade”. Para maiores aprofundamentos quanto a esse meio de resolução de conflitos entre princípios, ver DA SILVA, Vírgilo Afonso. O proporcional e o razoável in: ORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (Org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho : por duas décadas de docência e pesquisas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004. p. 83-120.

¹⁰⁹ “Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado o âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª.ed.. Coimbra: Almedina, p. 1224.

direito de defesa do indivíduo frente ao poder estatal, nem apenas direito a uma atividade prestacional do Estado. Em realidade, cada direito fundamental executa diversas funções nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também não se restringe a exercer exclusivamente uma única função.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva possui uma dimensão evidente de natureza prestacional, na medida em que o Estado está obrigado a criar órgãos judiciários e processos adequados (“direitos à participação na organização e procedimento”¹¹⁰), bem como assegurar o acesso à justiça (“direito derivado ao acesso e a utilização de prestações estatais”¹¹¹) e, principalmente, prestar materialmente a tutela jurisdicional.

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva possui também uma dimensão essencialmente garantística ou defensiva¹¹². Esse entendimento se sustenta, a nosso ver, pois o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pode pertencer também a parte ré (quando ela tiver razão), ocasião na qual exigir-se-á do Estado uma posição de não interferência na esfera do particular, o que caracteriza a “função de defesa” dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva poderá sim exercer a função de defesa, na medida em que surgirá para o Estado um dever de abster-se de interferir na esfera jurídica do particular, assegurando efetividade a decisão judicial favorável ao réu.

Por outro lado, nota-se também a existência dessa função de defesa no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva quando se analisa a tutela jurisdicional na perspectiva da parte vencida¹¹³. Nesse sentido, como nos lembra DINAMARCO, “o vencido recebe tutela consistente em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da tutela devida ao vencedor”¹¹⁴. Portanto, nessa perspectiva, o direito fundamental à tutela jurisdicional

¹¹⁰, ¹¹¹ Conforme a classificação funcional dos direitos fundamentais elaborada por CANOTILHO e sinteticamente referida no capítulo 3, da primeira parte desse estudo.

¹¹² O nosso posicionamento foi bastante influenciado pelo raciocínio exposto por CANOTILHO, que defende a existência de duas dimensões do “direito ao acesso à justiça” (direito esse relacionado com a problemática da efetividade da tutela jurisdicional): as dimensões garantística e as dimensões prestacionais. Ver, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 501.

¹¹³ Para maiores aprofundamentos acerca da tutela jurisdicional na perspectiva do vencido, ver: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35-36.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. *Revista de Processo*, p. 64.

efetiva exerce eminentemente uma função “negativa” (de garantia), na medida em que impede ingerências estatais não razoáveis e, portanto, injustas, na esfera particular da parte vencida¹¹⁵.

Seção 3 - A chamada eficácia vertical com repercussão lateral.

No capítulo III, da primeira parte desse estudo, discorreremos acerca das eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais. Lá ficou assinalado que devido a eficácia vertical dos direitos fundamentais, o Estado e os seus órgãos estão direta e imediatamente vinculados ao conteúdo material dos direitos fundamentais. Em relação à eficácia “privada” (horizontal) dos direitos fundamentais, fonte de constante debate doutrinário como tivemos oportunidade de analisar, subscrevemos a posição de SARLET, defendendo a tese de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é também direta e imediata, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apesar de ser um direito que se dirige diretamente ao Estado (Estado-legislador e Estado-Juiz) e, portanto, dotado de uma eficácia eminentemente vertical, possui algumas peculiaridades quanto a sua eficácia.

¹¹⁵ Em sentido contrário, MARINONI advoga a tese de que as funções exercidas pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva são sempre prestacionais: *“Como é fácil perceber, diante dos itens que trataram do aspecto funcional dos direitos fundamentais e do direito à efetividade da tutela jurisdicional, esse direito não pode ser pensado como direito de defesa, ou seja, como direito de natureza negativa, uma vez que consiste, como é evidente, em um direito de exigir uma prestação do Estado”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 185). Esta posição só nós parece defensável dentro de uma concepção de tutela jurisdicional que não englobe o direito de defesa. Como, nesse particular, adotamos a posição de BEDAQUE (ver capítulo III), segundo a qual o direito à tutela jurisdicional efetiva pertence à parte que tem razão - seja o autor ou seja o réu, deve-se admitir que o réu poderá defender-se em juízo evitando que a sua esfera particular seja lesionada indevidamente. Assim, se do processo resultar que a parte ré está com a razão, o Estado deverá abster-se de atuar sobre a sua esfera particular; e, se do processo resultar a parte ré como vencida, mesmo assim haverá o direito de se postular que a intervenção estatal na esfera particular não seja de todo desproporcional. Portanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exerce uma função eminentemente “negativa” (ou de defesa). Por conta disso, nesse ponto, ousamos discordar do eminente professor curitibano.

Ao tratarmos da eficácia desse direito fundamental deve-se, inicialmente distinguir duas hipóteses: (1) a hipótese relativa a vinculação do legislador; (2) e a hipótese relativa a vinculação do juiz.

(1) O legislador está verticalmente vinculado ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de modo direto e imediato. Por conta disso, o legislador está terminantemente proibido de criar normas que restrinjam o acesso à justiça, que retirem a efetividade de técnicas processuais ou que restrinjam indevidamente o direito à defesa, por exemplo. Por outro lado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também impõe ao legislador o dever de criar técnicas e procedimentos que garantam o acesso à justiça e a efetividade das decisões judiciais. Em outras palavras, deve o legislador concretizar o desígnio constitucional da efetividade da jurisdição.

(2) É exatamente no campo da vinculação do juiz ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que algumas peculiaridades merecem ser ressaltadas, principalmente pelo fato de que a aplicação desse direito fundamental produz uma série de efeitos indiretos em esferas particulares.

Por conta dessa característica, em uma análise precipitada, poder-se-ia advogar a tese de que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva apresenta uma eficácia horizontal mediatizada pela autoridade judicial (a idéia, já mencionada, de “eficácia irradiante”). No entanto, tal tese não se sustenta ao notarmos que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é dirigido única e exclusivamente ao Estado.

Portanto, o Estado-Juiz, tal qual o Estado-legislador, está verticalmente vinculado, de maneira direta e imediata, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹¹⁶, que não incide - nem antes, nem depois da decisão – sobre o particular.

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao ser aplicado pelo juiz, irá *repercutir* sobre o particular, na medida da maior ou menor efetividade da técnica processual adotada no caso concreto¹¹⁷.

¹¹⁶ Nesse sentido, quando o direito fundamental incide em face de órgãos estatais, “ainda que tenha por objetivo vincular o modo de atuação estatal perante o particular, não se projeta sobre as relações entre os sujeitos privados, pois não tem qualquer objetivo de regular-lhes. O direito fundamental, aí, tem eficácia apenas em face do órgão estatal, pois se presta a vincular o seu modo de atuação, que possui a função de atender não apenas aos direitos fundamentais que se destinam a regular as relações entre os particulares, mas sim quaisquer direitos.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 243-244.

Nesse sentido, MARINONI¹¹⁸ cogitou de uma “eficácia vertical com repercussão lateral” como peculiaridade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Apesar das críticas que se possa fazer a essa construção¹¹⁹, é inegável o seu mérito ao ressaltar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vincula, sim, exclusivamente o Estado, porém repercute sobre particulares. Dando essa ênfase a “*repercussão lateral*”, essa formulação serve para lembrar o juiz de que a sua decisão deverá preocupar-se com os dados materiais do caso concreto, para que seja adequada e idônea à tutela do direito material.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 81 e ss.

¹¹⁸ “Na realidade, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao ser tomado em conta pelo juiz, pode apenas repercutir sobre o particular, conforme a maior ou menor efetividade da técnica processual empregada no caso concreto, o qual pode nada ter a ver com um ‘outro direito fundamental’. Nessa dimensão, para se evitar confusão entre a eficácia do direito fundamental objeto da decisão judicial, e a eficácia do direito fundamental à eficácia da tutela jurisdicional sobre a atividade do juiz, deve ser feita a distinção entre eficácia horizontal mediata e eficácia vertical com repercussão lateral, essa última própria do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 244.

¹¹⁹ A crítica mais evidente que se pode fazer, a nosso ver, é a de que toda vinculação vertical aos direitos fundamentais repercutirá, direta ou indiretamente, sobre particulares, pois os seus efeitos nunca ficarão restritos meramente a esfera estatal. Assim, todos os direitos fundamentais dotados de eficácia vertical possuiriam a conseqüente “*repercussão lateral*”.

Apesar de concordarmos com a referida crítica, há a necessidade de se fazer a seguinte ressalva: MARINONI, ao que nos parece, ao afirmar a repercussão lateral sobre particulares da eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pretendia dar a devida ênfase à necessidade de o juiz, ao analisar um dado caso concreto, preocupar-se, primordialmente, com os efeitos que a sua decisão deverá ser apta a produzir na realidade material. Assim, apesar de criticável, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, a posição de MARINONI possui inegável mérito em acentuar a principal característica do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, qual seja: a necessidade de o processo civil como um todo estar predisposto a possibilitar a perfeita satisfação do direito material.

Algumas conclusões.

Ao longo desse breve estudo monográfico pudemos analisar alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais e do direito à efetividade da tutela jurisdicional, que nos permitiram chegar a relevantes constatações, das quais - à guisa de conclusão – destacamos:

1. A partir da fixação da premissa de que os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios e consubstanciam uma ordem objetiva de valores (teoria principiológica dos direitos fundamentais), afirmou-se que o direito à efetividade da tutela jurisdicional, como valor estruturante do nosso Estado Democrático de Direito, merece ser reconhecido como verdadeiro direito fundamental implícito ao rol trazido pela Constituição Federal de 1988;
2. Apesar de não ser possível fixar um conceito abstrato para o direito à efetividade da tutela jurisdicional, pode-se aduzir que esse direito refere-se a garantia de iguais oportunidades de acesso à justiça, por meio de procedimentos dotados de técnicas processuais capazes de possibilitar uma resposta jurisdicional apta a proteger efetivamente o direito material do demandante que possui razão, sem se descuidar do pleno respeito ao direito de defesa;
3. O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional possui plena força normativa (art.5º., §1º. da CF/88), o que exige do legislador e do juiz a sua aplicabilidade plena e imediata;
4. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é multifuncional, possuindo tanto uma dimensão prestacional (mais evidente), como uma dimensão garantística, “de defesa”;
5. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vincula verticalmente o Estado-legislador e o Estado-juiz, de modo direto e imediato, não incidindo diretamente sobre particulares. No entanto, a aplicação pelo juiz desse direito fundamental “repercutirá” sobre os particulares, de acordo com a maior ou menor efetividade da técnica processual adotada no caso. Diz-se, portanto,

que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional possui uma “eficácia vertical com repercussão lateral”, como que a enfatizar a necessidade de o juiz se preocupar em adaptar a técnica processual aos dados da realidade material subjacentes ao caso concreto.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre Princípios e Regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº. 215, p.151-179, Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1999.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ªed., rev., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, vol. 329. Rio de Janeiro: Editora Forense, jan.-mar., 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2ª. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª.ed., ver. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*, 6ªed.. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (trad.: SARLET, Ingo W.; PINTO, Paulo Mota). Coimbra: Livraria Almedina, 2003

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*, nº. I. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun., 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª.ed., ver. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, jan.-mar., 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, vol.1.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos processuais fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007,

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 29, nº. 113, jan-fev, 2004.

ORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (Org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho: por duas décadas de docência e pesquisas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio E.. *Los Derechos Fundamentales*. 6ºed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, nº. 125, jul.-ago., 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Atlas, 1999.